最高法院刑事判決

115年度台上字第545號

上　訴　人　AD000-A113022A（真實姓名年籍及住居所均詳卷）

選任辯護人　李哲賢律師

上列上訴人因家暴妨害性自主等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年9月30日第二審判決（114年度侵上訴字第118號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第19429號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決維持第一審論處上訴人AD000-A113022A對未滿十四歲之女子為強制性交7罪刑（均處有期徒刑7年2月）並定應執行有期徒刑8年2月，及為沒收之宣告，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決尚無足以影響判決結果之違背法令之情事。

三、本件上訴人之上訴意旨略以：

㈠伊於案發後即到診所進行心理諮商共計17次及心理衡鑑，經診斷為自閉症類群障礙症診斷特徵，伴隨輕度憂鬱情緒困擾，因先天性功能障礙知性探索歷程，導致對於肛門具有高度關注與性快感連結，其案件可能是性喚起的狀態下，藉故替女兒A童（案發時，為未滿12歲之兒童，姓名詳卷）浣腸，實質想藉此自慰並同時想讓A童舒服，經測驗有輕度焦

慮、輕度憂鬱及自閉症傾向，原審固調得完整之諮商紀錄暨身心衡鑑報告，卻未就伊有否符合刑法第19條之規定為論述，即逕為論罪科刑，有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。

㈡原判決一方面說明：A童於原審證稱：「我沒有跟被告（即上訴人）說我不願意做這件事」等語，由於A童整體智能表現落在臨界範圍，落後同年齡兒童，所以認為該等證詞不能為有利於伊之認定等旨；但一方面又認為A童其他供述可以採認，未以相同標準為證詞之評價，難謂無理由矛盾之情形。何況A童究竟是否願意給伊通便之事，影響伊主觀犯意，實與A童之智力無涉，且兒童對於不喜歡的事，本來就會表達不要之意，諸如寫功課之類的，所以當幼童表達不要，是否係其真摯之反對意思，父母不能準確辨認。伊係A童之生父及教養照顧者，從A童之供述及伊供稱：「我都跟A童說要通她的宿便，請她準備，到房間把褲子脫好等我，A童就任憑我，她有看到按摩棒及酒瓶，但她沒有講話」及A童所證「沒有表達不願意」等語，可見伊所為並非壓抑A童性自主意志而為以物品插入A童肛門之行為，原審未再詳加調查伊是否基於強制性交之故意而為前述行為，即認定伊所為係違反A童之意願之強制性交犯行，亦有理由未備及調查職責未盡之違誤。

㈢A童於法院審理時表示想要讓伊判輕一點，想讓伊減刑等語，可見伊與A童案發後仍然關係良好，甚至A童現仍與伊同住，原審未基於修復式司法之精神，基於職權安排進行調解，以為關係之修復，難謂已盡訴訟照料之義務。上開未盡照料義務之事，顯然影響判決之結果，亦有適用法則不當及理由不備之違誤。

四、惟按：

㈠證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。原審已綜合卷內各項證據調查之結果，敘

明其如何依上訴人、A童、A童母親等供述證據及證據取捨之結果，認定上訴人所為以按摩棒、酒瓶插入A童肛門及以生殖器在A童臀部磨擦及頂住A童肛門口之行為係違反A童意願之得心證理由，復說明上訴人前揭客觀行為如何與依利害權衡結果，選擇隱忍作為之權勢性交罪名構成要件有別之理由，經核與經驗法則、論理法則無違，尚無理由不備之可言。

㈡刑事訴訟法第379條第10款固規定，依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令。但應行調查之證據範圍，在同法並未定有明文，該項證據，自係指第二審審判中已存在之證據，且與待證事實有重要關係，在客觀上認為應行調查者而言。又行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力欠缺者，不罰；顯著降低者，得減輕其刑，刑法第19條固有明文。然行為人行為時有無前述辨識能力欠缺或顯著降低之情形，法院非不得視個案情節，綜合其當時各種言行表徵，就顯然未達此程度之精神狀態者，逕行判斷，並非行為人經醫師鑑衡結果有輕度憂鬱情緒困擾、性功能障礙或特殊性癖好之情，即應將行為人送精神鑑定，作為有無刑法第19條規定適用之判準。

依原判決之認定，上訴人已明確供稱其所為上開行為之手段及方式暨其為上開行為時A童之反應等語，依其清楚供稱：其告知A童大便大不乾淨，造成家裡衛生環境髒亂，所以要捅A童屁股等語，可見上訴人有藉故以通大便為由，行性侵害之實，其行為態樣本身並未存在異常性，動機、原因單純而不難理解，是縱上訴人尋求心理治療並有前述心理鑑衡結果，其既能以「藉故」之方式為前開犯行，其辨識行為違法之能力當未有欠缺或顯著降低情形，況上訴人及其原審辯護人於原審審理時從未主張刑法第19條規定之適用，且原審審判長於114年9月10日踐行調查證據程序後，詢以「除前已調查之證據外，檢察官、被告及辯護人就科刑資料有無其他之證明方法？」、「尚有無其他與科刑相關之資料提出？」時，檢察官、上訴人及原審辯護人均答稱：「無」等語（見原審卷第131、133頁），原審未

就此贅為調查及未於判決理由內贅予說明，亦無調查職責未盡及理由未備之可言。

㈢依卷內資料，原審審判長於審理期日已詢明：「案發後是否有與告訴人（即A童）和解、調解或賠償損失？」，亦對科刑資料及科刑範圍詢問A童及其母親，A童當庭表示原諒爸爸，A童之母則表示沒有意見（見原審卷第132、133頁），原判決亦已審酌A童於審理時表示原諒上訴人之情（見原判決第17頁），原審顯然已依修復式司法之精神而為前述職權之行使並妥為裁量，沒有未盡訴訟照料義務之可言。

五、上訴人之前揭上訴意旨係就原審認事用法及量刑職權之適法行使，徒憑己見，任意指摘，核非適法之上訴第三審之理由。其他上訴意旨，亦未具體指摘原判決有何違背法令之情形，揆諸首揭說明，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　9　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　莊松泉

法　官　鄭富城

法　官　陳如玲

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　10　　日